



De notaris en de wanpresterende partij

1. *Inleiding*

In WPNR (2002) 6501 en 6505 ontstond een discussie tussen W.M. Kleyn en R.J. Holtman over een vraag die volgens de eerstvermelde schrijver de gemeenten in Nederland al sinds 1976 bezighoudt.¹ De vraag waar het om gaat, is of een notaris zijn diensten moet weigeren wanneer dienstverlening betekent dat één van de partijen, in een andere rechtsverhouding, wanprestatie zal plegen. Te denken valt aan het geval waarin een koper en een verkoper van een onroerende zaak zich tot de notaris wenden met het verzoek de overdracht te verzorgen, terwijl blijkt dat de verkoper met betrekking tot dezelfde onroerende zaak aan een ander een koopoptie heeft verleend of dat er sprake is van een dubbele verkoop. Ook kan gedacht worden aan het geval waarin koper en verkoper een bepaalde in een kettingbeding opgenomen verplichting niet wensen door te geven of het geval waarin door de vervreemding in strijd wordt gehandeld met een anti-speculatiebeding. Het is niet mijn bedoeling om mij uitvoerig in de discussie tussen Kleyn en Holtman te mengen. Met dit artikel beoog ik een op zichzelf staande bijdrage te leveren aan de oplossing van de onderhavige problematiek. Mijn uitgangspunt is dat de notaris, in de gevallen waarin hij geconfronteerd wordt met een wanpresterende partij, steeds de civielrechtelijke rechtspositie van alle bij de transactie betrokkenen, scherp in de gaten moet houden. De notaris zal steeds zo moeten handelen dat wordt bewerkstelligd dat ieder van de betrokkenen krijgt wat hem civielrechtelijk toekomt.

2. *Waar hebben de betrokkenen recht op naar het civiele recht?*

In alle bovenvermelde voorbeelden is sprake van een persoonlijk recht van een derde (de contractpartij van de verkoper) dat geschonden zal worden wanneer de notaris zijn medewerking aan de gevraagde transactie verleent. Het is inherent aan een persoonlijk recht dat het risico bestaat dat het recht als gevolg van wanprestatie door de wederpartij, niet meer kan worden uitgeoefend: het recht gaat dan op in een vordering tot schadevergoeding. Partijen die dit risico willen vermijden, kunnen ervoor kiezen om hun rechtsverhouding met betrekking tot een onroerende zaak in de vorm van een goederenrechtelijk recht of een kwalitatief recht te gieten. In een aantal door de wet bepaalde gevallen is dit echter niet mogelijk, zoals in het geval waarin het recht om het goed te vervreemden of te bezwaren wordt beperkt (6:252 lid 5 BW) en in de gevallen, een enkele uitzondering daargelaten, waarin de opgelegde verplichting een "doen" inhoudt (6:252 lid 1 BW en 5:71 lid 1 en 2 BW). Een persoonlijk gerechtigde heeft geen 'absoluut' (tegen iedereen inroepbaar) recht op handhaving van zijn recht. Een door wanprestatie getroffen derde kan zijn persoonlijke recht niet inroepen tegen de koper van de onroerende zaak die met de verkoper/wanprestant een

levering is overeengekomen. Aangezien de koper op grond van zijn overeenkomst met de verkoper recht heeft op levering (onder de overeengekomen voorwaarden) en aangezien de derde jegens de koper geen recht heeft op handhaving van zijn recht, leidt dienstverlening door de notaris er in deze situatie in beginsel toe dat iedereen krijgt waar hij civielrechtelijk recht op heeft. In twee situaties doet zich echter een uitzondering op deze regel voor.

De eerste uitzondering, die in alle genoemde voorbeelden van toepassing kan zijn, doet zich voor wanneer de koper door te profiteren van de wanprestatie van de verkoper, onrechtmatig heeft gehandeld jegens de derde. Van onrechtmatig handelen jegens een derde is volgens rechtspraak van de Hoge Raad geen sprake op de enkele grond dat de koper ten tijde van de levering wist dat de verkoper door te leveren, in een andere rechtsverhouding wanprestatie pleegde: bijkomstige omstandigheden zijn nodig om het profiteren van de wanprestatie onrechtmatig te doen zijn.² Degene die onrechtmatig profiteert van andermans wanprestatie kan door de rechter tot iets anders dan schadevergoeding in geld worden veroordeeld, bijvoorbeeld tot het ongedaan maken van de gevolgen van de wanprestatie door teruglevering.³ Men moet dus vaststellen dat in geval van onrechtmatig profiteren van andermans wanprestatie, de derde jegens wie wanprestatie is gepleegd zijn recht uiteindelijk civielrechtelijk (op grond van het onrechtmatige-daadsrecht) kan handhaven jegens de onrechtmatig profiterende koper. In deze situatie leidt het door de notaris weigeren van zijn diensten ertoe dat ieder krijgt waar hij civielrechtelijk recht op heeft. Het is nu de koper die door wanprestatie van de verkoper, zijn persoonlijke recht op levering ziet opgaan in een vordering tot schadevergoeding.

De tweede uitzondering heeft alleen betrekking op het geval van een dubbele verkoop. Sinds 1992 bepaalt artikel 3:298 BW voor dit soort gevallen:

"Vervolgen twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit."

Het prioriteitsbeginsel uit het goederenrecht sluipt hier het verbintenisrecht binnen. Degene met een ouder persoonlijk recht op levering heeft een sterker recht dan degene met een jonger recht. Zodra echter het goed gele-

1. Zie verder van deze schrijvers ook: R.J. Holtman, *Notaris en wanprestatie van partijen*, WPNR (2002) 6477 en W.M. Kleyn, *In hoeverre mag het tuchtrecht het civiele recht voor de voeten lopen*, JBN 2002, nr. 41.
2. Scheerders/Van Hoek, HR 8 december 1989, NJ 1990, 217. Zie voor een overzicht van omstandigheden die het profiteren van andermans wanprestatie onrechtmatig kunnen doen zijn ook: Curaçao/Boyé, HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 en Pos/Van den Bosch, HR 17 november 1967, NJ 1968, 42.
3. Zie 6:103 BW en Pos/Van den Bosch, HR 17 november 1967, NJ 1968, 42.

verd is aan degene met het jongere recht, is de oudere gerechtigde zijn sterkere positie kwijt. Tegen de koper met het jongere recht kan hij dan alleen nog optreden wanneer deze op de hierboven beschreven wijze geprofiteerd heeft van de wanprestatie van de verkoper.⁴ Het zal duidelijk zijn dat de notaris in dit soort gevallen een cruciale rechts-toebedelende rol kan spelen. Stel dat de tweede koper C en de verkoper A de notaris verzoeken een akte van levering van een woonhuis te passeren en stel dat de notaris kort voor de levering hoort van het bestaan van een eerdere koper B.⁵ Stel verder dat ook C pas kort voor de levering van het bestaan van B hoort en dat B nog geen beslag op het woonhuis heeft laten leggen. Wanneer de notaris de akte van levering passeert, zal C de eigendom van de woning verkrijgen, terwijl deze verkrijging door B op geen enkele wijze meer kan worden aangetast. C handelt immers niet onrechtmatig jegens B wanneer er – naast de wetenschap van C omtrent de eerdere verkoop aan B, die hij pas kort voor de levering heeft verkregen⁶ – geen bijzondere omstandigheden zijn aan te wijzen. Wanneer de notaris de akte van levering niet passeert, kan B (te zijner tijd) met een beroep op zijn sterkere recht op grond van artikel 3:298 BW, voor de rechter de levering van het woonhuis afdwingen. Met het uitgangspunt in het achterhoofd dat de notaris steeds zo moet handelen dat wordt bewerkstelligd dat iedere betrokkene krijgt wat hem civielrechtelijk toekomt, lijkt het mij vanzelfsprekend dat de notaris zijn diensten moet weigeren. De wetgever heeft de eerste koper immers een sterker recht toebedeeld dan de tweede koper. Door zijn diensten te weigeren wanneer de tweede koper zich meldt, kan de notaris dit sterkere recht van de eerste koper daadwerkelijk inhoud geven.⁷ Als de eerste koper zich als eerste meldt, moet de notaris de leveringsakte wel passeren, ook al pleegt de verkoper door de overdracht wanprestatie ten opzichte van de tweede koper.

3. *Toepassing in de praktijk en de rol van het tuchtrecht*

In het bovenstaande is geschetst hoe een notaris in verschillende situaties, door al dan niet zijn diensten te weigeren, kan bewerkstelligen dat alle betrokkenen krijgen wat hun civielrechtelijk toekomt. Het probleem is dat in een concrete situatie vaak niet op voorhand kan worden bepaald wat volgens de hierboven weergegeven regels civielrechtelijk rechtens is. Dit omdat er rechtsvragen kunnen spelen of feitelijke onduidelijkheden kunnen zijn. Bij feitelijke onduidelijkheden kan gedacht worden aan de vraag wie het eerste de koopovereenkomst heeft gesloten of de vraag of – en zo ja, op welk moment – de koper op de hoogte was van het bestaan van bijvoorbeeld een kettingbeding. Bij rechtsvragen kan het gaan om de vraag welke bijkomende omstandigheden – in welke mate – van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of de koper, door te profiteren van de wanprestatie van de verkoper, onrechtmatig handelt jegens de derde. Een interessante

rechtsvraag is ook nog of artikel 3:298 analoog moet worden toegepast wanneer er geen sprake is van een eerder recht op levering, maar van een eerdere koopoptie.⁸

In alle gevallen waarin ook maar enige onzekerheid bestaat omtrent de feiten of de rechtsvragen, lijkt terughoudendheid van de notaris mij op zijn plaats. De notaris moet dan zijn diensten weigeren en zich door partijen voor de voorzieningenrechter laten dagen, waarna deze beslist of de notaris al dan niet moet passeren. In zoverre kan ik mij vinden in de uitspraak van de hoogste tuchtrechter van 27 december 2001⁹, waarin gesteld wordt dat het geven van een oordeel als ware hij rechter geen taak van een notaris is. Ik kan mij in de uitspraak van het Hof echter niet vinden, voorzover deze uitspraak zo begrepen moet worden dat een notaris altijd zijn diensten moet weigeren wanneer dienstverlening betekent dat een partij, in een andere rechtsverhouding, wanprestatie zal plegen.¹⁰ Er zijn voldoende situaties denkbaar waarin het de notaris op voorhand voldoende duidelijk is dat de koper civielrechtelijk gezien recht heeft op levering onder de met de verkoper overeengekomen voorwaarden, ook al betekent dit dat de verkoper in een andere verhouding wanpresteert. Ik denk bijvoorbeeld aan een dubbele verkoop waarbij het volstrekt duidelijk is wie de eerste koper is. In deze situaties zou een verplichte gang naar de rechter de partijen bespaard moeten blijven.¹¹

*Mr. P.C. van Es **

4. M.v.T., Parl. Gesch. InvW 3, p. 1396.
5. Naast de mogelijkheid dat de notaris door B zelf wordt ingelicht, bestaat de mogelijkheid dat de notaris achter het bestaan van de eerdere koopovereenkomst komt doordat deze koopovereenkomst op grond van het per 1 september 2002 nieuw aan artikel 10 van de Wet voorkeursrecht gemeenten toegevoegde vierde lid, in de openbare registers is ingeschreven.
6. Wanneer de eerdere koopovereenkomst op grond van artikel 10 lid 4 Wet voorkeursrecht gemeenten in de openbare registers is ingeschreven, spelen de artikelen 3:11 BW en 3:23 BW geen rol. C wordt niet enkel op grond van de 10 lid 4 WVG-inschrijving geacht vanaf het moment van die inschrijving op de hoogte te zijn geweest van de eerdere koopovereenkomst.
7. Zo ook J.C.H. Melis, *De Notariswet* (bewerkt door: A.H.M. Santen en B.C.M. Waaijer), Zwolle 1991, p. 148 waar anticiperend op artikel 3:298 BW tot dezelfde uitkomst wordt gekomen. De vraag hoe de notaris dient te handelen als de eerste koper de notaris om zijn medewerking aan de levering verzoekt, blijft daar echter onbesproken.
8. H.J. Sniijders sluit in zijn noot onder HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651 (Van Kooten/Wilmink) een analoge toepassing niet uit. De President van de Rechtbank Groningen (Pres. Rb. Groningen 13 juli 2001, KG 2001, 206) heeft in een voorlopige voorziening de analoge toepassing van 3:298 in geval van een koopoptie van de hand gewezen.
9. Hof Amsterdam 27 december 2001 onder nummer 363/01 NOT, besproken door R.J. Holtman in WPNR (2002) 6477.
10. Het is zeker niet gezegd dat de uitspraak van het Hof deze reikwijdte heeft. In overweging 6.3 leest men namelijk het volgende: "Zoals reeds onder 6.1 overwogen, had de notaris bij de tegenstrijdige belangen *zoals deze in casu aanwezig waren* (curs. PCvE) zijn ministerie dienen te weigeren..."
11. Vgl. in deze zin ook de conclusie die A.A. van Velten in WPNR (1990) 5959 op p. 295 trekt uit de uitspraak van Pres. Rb. Zwolle, 7 september 1989, KG 1989, 379: "Indien de notaris bekend is met het feit dat door levering (wellicht) rechten van derden zullen worden geschonden, doch hij – na kennis neming van de feiten – tot de conclusie komt, dat (indien het tot een procedure mocht komen) de rechter degene die om levering verzoekt *maarschijnlijk in het gelijk zal stellen*, mag hij geen ambt weigeren en dient hij de levering te bewerkstelligen."

* Universitair docent notarieel recht, Universiteit Leiden.